POR DON BRVNO DIAZ DE CONTAMINA, CIVDADANO DE LA IMPERIAL CIVDAD DE ÇARAGOÇA:

SOBRE LA APELLACION, QVE HA interpuesto a su Capitulo y Consejo.

INITIVM A DOMINO.

ENTRE las delicias de los Egipcios, fue la mayor el uso de la nieve, como advierte Alexãdro *dier. genial. lib.5.c.25.* Con excesso la introduxeron los Romanos, y el Emperador Neron mandava cocer la bevida, aplicando despues la nieve, porque recibe mas frialdad el agua caliente, y lo nota con toda curiosidad Suetonio Tranquillo *lib.4. tit. de fuga Neronis.* Por sed ingeniosa tuvo la bevida elada, Marcial *lib.14. Epigram.117.*

Non potare nivem, sed aquam potare rigentem
de nive, commenta est ingeniosa sitis.

Grandes Medicos la aprobaron, como Galeno (que viviò en tiempo de Christo nuestro Redemptor) Avicena, y otros, que refiere Bobadilla *in Politic. lib.3. cap.4. tit. De los abastos, y mantenimientos num.9.* donde dize: *No se como nuestra Nacion, no avia antes dado en esto, teniendo tan cerca las Sierras.* Aunque el grande Philo-

A so-

ſopho Seneca *lib.4. quæſt.cap.13. no ſolo reprobò el venderſe,pero el uſo de ella.*

No ha 100.años que ſe introduxo en eſta Ciudad;y aunque en los arrendamientos de ſu abaſto eſtà prevenida la mejor calidad de nieve, que ſe juzga es de las Sierras de Moncayo,no ſe ha tenido por dañoſa la que ſe recoge en diferentes pueſtos del Reyno, y aſſi ſe le dieron quarenta dias al Arrendador,para poder venderla: y haſta aora, no ſe ha hallado en los Regiſtros de la Ciudad, ni en la memoria de ſus Ciudadanos, que ſi el Arrendador ha introducido algunos dias en el Ibierno,nieve,ſin ſer de Moncayo,lo ayan apenado, no ocupandoſela quando la entra,ò quando la vende,y tal vez ſe diſpenſa, por la impoſſibilidad de ir a buſcarla a la Sierra,y en tiempo de Ibierno toda la nieve enfria con igualdad, ni à los rayos del Sol, ni à lo blando de las lluvias ſe deshaze, ut ex Ovidio *Eleg. eleg. 10. lib. 3. triſt.*

Nix iacet, & iactam non Sol,pluviaque reſolvunt:
Indurat Boreas,perpetuamque facit.

Por quarenta dias, que ſe dize aver entrado nieve Don Bruno de Contamina ſu Arrendador,no ſiendo de Mõcayo,le han condenado los ſeñores Iurados en quarẽta penas de a diez libras cada una, aumentando deſpues, que ſe apelò a V. S. I. mil y ducientas libras por pena arbitraria, motivando con la Capitulacion del año de 1656. y con las conſultas, y deliberaciones de Capitulo, y Conſejo de el año 1660.y porque no puede fundarſe tan exceſiva condenacion en lo capitulado, ni en lo reſuelto,apelò a V.S.I.para que reformandola,pueda proſeguir ſirviendo a la Ciudad con la ſatisfacion, que ha acoſtumbrado.

La

La relacion del hecho tiene circunstancias particulares, que son la mayor defensa de mi Parte. A la primera vista se ofrecen algunos reparos, que parecen de monta, y con la razon, y la verdad quedan desvanecidos. Imposible parece responder a este Enigma, *Mater me genuit, eadem mox gignitur à me*, refierelo Parlador. *lib.1.rerum quotidian. cap.3. num.* 14. Y con saber habla del yelo que se formà del agua, y deshecho se convierte en lo mismo, se disuelve el enigma: Assi son algunas dificultades, que se ponderan; y para persuadirlo, se supone, que:

El Arrendador principal del Abasto de la nieve era Lorenço Gil, que fallido a poco tiempo dexò en deuda seis mil libras de los tercios corrientes de su arrendamiento, y quatro mil libras de la vistreta. Siendo fiador Don Bruno se viò obligado a tomar a su cargo el arrendamiento, porque en los otros, no se podia afiançar el recobro, y mejorando el partido, propuso a la Ciudad nuevos fiadores de entera satisfacion, y credito, obligandolos al arrendamiento corriente, y a las diez mil libras de tercios, y vistreta, que restava debiendo Lorenço Gil, assegurando a la Ciudad cantidad tan considerable, arriesgada por los difugios, y creditos anteriores de las fianças, y miserable estado de Lorenço Gil. Ajustòse, que las seis mil libras de los tercios corridos se pagassen dividiendolas en los siguientes. Cumpliò enteramente Don Bruno con esta obligacion, como con todas las que han estado a su cargo, no restando a deber sino el tercio de Março de este año, que de ordinario se paga a la entrada del Verano.

Y aviendo en veinte y seis de Abril mandado ocupar los señores Iurados un carro de nieve con pretexto

de

de no ſer de Moncayo, conducida de el Lugar de Fuendetodos, no teniendo de pena ſino *diez libras*, lo condenaron en quatrocientas, y deſpues en las arbitrarias, prendiendo al Carretero, ocupando los quadernos, ò memorias, que tenian los Peſſadores en los pueſtos, mandando arrojar en el rio la nieve, como ſi fuera mantenimiento infecto, que hiziera peligrar la ſalud de los vezinos.

Pero ſiendo la principal defenſa de Don Bruno la Capitulacion que tiene acordada con la Ciudad, y en la que fundan los ſeñores Iurados la declaracion, de cuya inteligencia, y dudas que a cerca della ſe ofrecieren, es el Iuez V.S.I. ſe propone a la viſta el principal pacto, que dize aſſi: *Primeramente es condicion, que el Arrendador, durante el dicho tiempo, ſea obligado tener, y tenga en la preſente Ciudad proviſsion, y abundancia de nieve de Moncayo quatro leguas al derredor, y no de otra parte EN PENA DE DVCIENTOS SVELDOS JAQVESES POR CADA DIA, QVE LA TRAXERE DE OTRA PARTE, divídideros en tres pueſtos iguales, al comun de la Ciudad, a los ſeñores Iurados, y acuſador (exceptados los veinte dias, que por la preſente Capitulacion ſe le dà al dicho Arrendador facultad) y otras penas arbitrarias a dichos ſeñores Iurados, limpia, y buena, y de buen ſervicio a contento de los ſeñores Iurados, que ſon, y por tiempo ſeràn, &c.*

De eſte pacto reſulta, que ſolo pudieron los ſeñores Iurados declarar la pena de *diez libras* por el dia, que le ocuparon nieve, no ſiendo de Moncayo, pues ſi en otros dias la entrò, y no la ocuparõ, no puede aſſentar la declaracion, aunque confeſſara averla introducido,

y re-

y resultàra de los libros de las entradas. Y antes de proponer los fundamentos que lo persuaden, se ha de suponer la equivocacion que ha avido, aun en los quarenta dias, que se dize ha entrado nieve que no era de Moncayo, pues en realidad sólo han sido veinte y ocho *desde el dia diez y ocho de Deziembre, hasta el veinte y seis de Abril*, que se ocupò el carro de Fuendetodos, y por ser cosa de hecho, que no tiene mas averiguacion que comprobar la memoria, que se entregarà a V.S.I. con los quadernos ocupados, que en nada discrepan, no me detengo a otras ponderaciones.

Y no porque queden en vago muchos dias, como son desde diez y ocho de Deziembre, hasta veinte y cinco de Enero, se infiere aver introducido en esse tiempo, nieve, que no fuera de Moncayo, porque con una entrada en Ibierno suele aver provission para un mes, y por no estar advertido aver entrado nieve de Moncayo en muchos dias, no es consequencia legitima: Luego se ha entrado de otra parte, y quando lo equivoco no prueba por la incertidumbre, ut tenet Raudensis *lib.* 1. *de Analog. cap.* 3. *à num.* 1. aqui se haze evidente comprobando las partidas, con la circunstancia de aver provission con la nieve que se entra en un dia, para muchos.

Pero como importa poco, que sean los dias veinte y ocho, ò sean quarenta, no aviendo precedido ocupaciõ de nieve en el dia que se entrava, no ha podido declararse la pena, sino por el dia que se ocupò la nieve.

Y se funda, lo primero en la observancia subseguida, assi a esta Capitulaciõ, como a otras, atendiendo al modo con que se ha portado la Ciudad en casos semejantes, como dixo el Consulto en la ley *si de interpratatione, ff. de leg.* alli: *Videndũ est quo iure Civitas retro in hu-*

 ius-

iusmodi actibus vsa fuit, Ysernia *lib.1. comment. ad constitut. Sicilia tit.* 10. *de illicita portatione armorum vers. Idem de navigatione*, facit Covarr. *in practic. cap.*33. *nu. vltimo.* Y se darà concluyente informacion a V.S.I. de averse practicado en la conformidad que esta parte pretende, y siendo la observancia subseguida el mejor interprete de qualquiere disposicion, *ex cap. cum dilectus, de consuetudine l. minime, ff. de legibus*, dà firmeça a lo capitulado, y el sentido que admitiò la observancia, aunque parezca malo, se ha de calificar por bueno, ut Magistraliter resolvit Abbas *in cap. cum dilectus* 8. *de cõsuetudine num.*7. ibi: *Non est recedendum ab illo intellectu, quem consuetudo tribuit, & si ex post facto apparet, quod iste intellectus in se non sit bonus. Nam debet illud saltem valere ratione consuetudinis. Et tene menti hoc dictum*, refert & sequitur D. Suelves *cons.*67. *num.*21.

El excesso en la cõdenacion se persuade aviendo juzgado de diferente manera de lo q̃ hasta aora se ha acostũbrado, como en terminos de Iuezes arbitrarios apelãdo de su declaracion lo sintiò Menochio *lib.*1. *de arbitr. quæst.*70. *num.*1. & 2. donde pone la question: *Quomodo coram superiore probari poterit hunc Iudicem in arbitrando excessisse?* y responde con la autoridad de Baldo: *Probari satis, si demostretur ex more consuevisse aliter iudicari, ut puta, ex more esse, minorem pœnam, quam fuerit imposita, consuevisse imponi iuxta leg. Quid ergo, §. pœna, ff. de his qui notant. infam. vbi pœna maior consueta ideo non infamat, quia imponi non debuit, &c. Quod ex eo confirmatur, quia excedendo cõsuetudinis formam, legem ipsam excedere dicitur, cum consuetudo pro lege observetur.* Y en el *num.*14. concluye al intento: *Satis ergo demonstratur hic excessus ex consuetudine contempta.*

Y

Y quando se disputò con Borruel Arrendador de la Nieve, se venciò, que no podian los señores Iurados executar penas por la nieve vendida en los dias antecedentes, no aviendola ocupado, aunque para fundar la Observancia subseguida, no se necessita de juizio contradictorio, ni de prescripcion, y es bastante un acto, ut tenent Giurba *cons.* 19. *num.* 44. Mascard. *de statut. interprat. conclus.* 2. *nu.* 159. quos sequitur D. Suelves *cons.* 67. *num.* 14.

Con el exemplar que advirtiò D. Bruno en el memorial que entregò a V.S.I. se manifiesta, que aviendo sucedido en tiempo del arrendamiento de la sissa la ocupacion al Convento de San Agustin desta Ciudad, de la carne que entraba, pretendiendo, que no solo avia de pagar el Convento aquella pena, sino otras muchas, por los dias que se verificaba la avia entrado, declarò la Iunta, oìdos los Abogados, que no procedia la condenacion, sino por la carne ocupada, entendiendo que por lo passado no podia imponerse pena alguna.

A la pretension de Don Bruno asiste letra clara de la Capitulacion, alli: *Por cada dia que la traxere*, y se haze a su favor un argumento famoso con lo q̃ escribe Mascardo *de interpratat. statut. conclus.* 13. *nu.* 6. dõde advierte, que si el Estatùto usa de palabras del modo subjuntivo, que pueden aplicarse al tiempo passado y al futuro, solo se entenderàn deste, y pone el exemplo *si quis commisserit*, como en la Capitulacion *traxere*, que en latin es *attulerit*: Y tiene mayor connexion con el tiẽpo presente este futuro de subjuntivo, que entonces se determina quando la materia que condicionalmente està significada con èl, se pone en exercicio, y transciende a obrar de presente.

Y aunque las palabras de la Ley, Constitucion, ò Estatuto sean comunes a entrambos tiempos, y huviera duda, no se han de aplicar al passado, como afirma Prospero Farinacio *part. 2. fragment. crimin. verb. Lex num. 29.* ibi: *Lex constitutio, seu statutum, trahitur ad futura, & non ad præterita, etiam quod verba eiusdem legis, constitutionis, vel statuti sint communia, possintq; haberi tàm ad præteritum, quàm ad futurum, cum tunc in dubio potius intelligantur in futuro, quàm in præterito. Et hoc quia natura constitutionis est inspicere futura, & non præterita secundum* Gloss. *in cap. 2. in verb. Commiserint de constitutionib. lib. 6.* & in Cap. *unico de Clericis non residentibus eod. lib. 6.* quas in proposito refert, & sequitur Capra *conclus. 6. num. 79.* Curt. *in l. omnes populi, num. 134. ff. de iustitia, & iure. ET HINC EST, QVOD VERBA SVBIVNCTIVI MODI, QVÆ POSSVNT IMPORTARE PRÆTERITVM, ET FVTVRVM, IN STATVTO IMPORTABVNT FVTVRVM, ET NON PRÆTERITVM,* secundum Abb. post Bartol. & Innocen. quos allegat *in cap. fin. in 3. notabili extra de constitutionib.* refert eum & sequitur Alderan. Mascard. *d. conclus. vltima num. 6.* vide Cardinalem Tusch. *pract. conclus. in verb. Lex conclus. 264. num. 3. & num. 24. & num. 36.* ubi testatur de communi.

Y siendo materia penal la que se trata, no puede hazerse transito del verbo *traxere*, ò *vendiere*, al verbo huviere trahido, ò vendido, porq̃ son tiempos muy diversos, y en casos semejãtes se prohibe la extension de uno a otro, ut docet Bald. *in Authentica si captivi sub nu. 8. C. de captivis*, Tiberius Decianus *lib. 7. criminalium cap. 41. nu. 19.* Surdus *cons. 386.* Tiraquellus *in l. si unquam*

C.de revocandis donationib.verb.Libertis num.28. Y es regla constante en drecho, que la extension se prohibe en lo penal, *Cap. in pœnis de regul. iuris in 6. l. factam cuique, §. in pœnalibus* ubi Decius, *ff. eodem*, Menoch. *lib.2.de arbitrarijs iudicum centur.6. cassu 502. nu.74.* Y conviene con lo que escribe Baldo *in l.1. num. 7. C. de secund. nuptijs*, alli: *Quod pœna quoad personas, & casus limitata personam, & casus non egreditur* Gregor. Lopez *in l.2.tit.2.part.7.glos.10.quæst.2. & glos.11.*

Y como en la ley, ò Estatuto dōde no se previno otra pena que la del caso expressado, no se permite la extension, *ex glos. singulari in cap. penultimo de iure Patronat.* & sequitur Cavallinus *millelloquio* 184. *part.* 1. Guido Papæ *singular.345.§.in odiosis*, assi en la Capitulacion solo se debe atender a lo que dixeron, y declararon los contrayentes, *ex l.quidquid astringendæ, ff. de verb.obligat.l.si extraneus, ff. de condit. ob caus. l.si cum dotem in principio, ff.de solut.matrim.* y el caso omisso se tiene por omisso, quedando en la disposicion del drecho Bartol.*in l.si constante num.53.ff.solut. matrim.* Gabriel *cons.95.num.17.vol.2.* aunque aya mayor razon en uno que en otro, siendo la materia penal, y odiosa, y escribe Cephalo en el *cons.626. nu.9.* que no puede alguno de los contrayentes dezir, que assi lo entendio, ex Bursat.*cons.449.in fine*, porque no se ha de averiguar otra cosa, sino lo que se vee escrito en el instrumento, ex Bald.*in l.fin.C.de fals.caus.adiecta legat.* y pudiendo prevenir el caso en que se pretende hazer la extension, no hallandose expressado, non videntur voluisse contrahentes, *cap. ad Audientiam de Decimis. cap. inter corporalia de translatione Prælati* Franch. *decis.113. part.1.* Raudens.*cons.26. num. 126. lib. 1.* y los contractos no

admiten interpretacion extensiva, ut tenet Bald. *conf.* 145. *num.*5. Natta *conf.*676. *num.*32. pues como dixo Ramona en el *conf.*37.*nu.*117. *Qui in contractibus vult antecedens, non ideo videtur velle consequens, sine quo illud antecedens non potest consistere, etiam si conventio inutilis reddatur.*

Principalmente en Aragon donde se ha de estar a la carta, *ex observ.*1.*de equo vulnerat.*& passim Practici, y no leyendose en la Capitulacion pena para lo passado, es exorbitante la declaracion; y assi vemos en muchos Fueros, que quando quisieron comprehender entrambos tiempos lo previnieron con letra clara, como el Fuero *de la saca de los mulatos año* 1553. que habla primero del tiempo presente, alli: *Por sus propios intereses los sacan*, y pareciendo no estava bastantemente proveìdo, passa adelante con pena para el tiempo passado, alli: *Y sino fuere assi tomado, probando que las sacò contra la presente prohibicion, pague en lugar de aquellas el verò valor de las dichas bestias*: Y en el Fuero de la saca de la moneda año 1646. alli: *Que sacaren, ò huvieren sacado del presente Reyno*, porque si solo huviera dicho el Fuero, que *SACAREN*, que corresponde al tiempo *TRAXEREN*, passando con su riesgo, estarian libres de la pena.

Y para que los mazarrones tuvieran lugar, fuè necessario el acto de Corte *tit. capitoles segunt forma, fol.*63. permitiendo dos años para la averiguacion de las mercaderias introducidas contra Fuero, aunque no sean halladas, con la prueba de averse entrado, se puede apenar, *en tanta quantia valor, ò estima, como serà la de las ditas mercaderias, &c.* Y en materia politica de esta Ciudad, se halla prevenido en el Estatuto del vino,

que

que permite dos años para averiguar ſu entrada, dando facultad de imponer pena, ſin embargo de no averlo ocupado, al que lo introduxo.

Y aunque el Eſtatuto en la prohibicion de la entrada impuſo graves penas, no quiſo que la averiguacion ſe hiziera en todo tiempo, y la limitò al de dos años, teniendo por exorbitante otra inteligencia: Y ſiendo la materia ſugeta de menos monta, como ſe deſcubre por la diferencia de las penas, no aviendo palabras comprehenſivas de lo paſſado, no han podido hazer los ſeñores Iurados dicha declaracion, porque en caſo de menor pena por la introducion de la nieve, vendria a experimentarſe mayor que en lo tocante a la entrada del vino, cuyas penas ſon tan exceſsivas, pues en la mayor prohibicion no avria ſino dos años para la averiguacion, y en lo tocante a la nieve ſegun la idea que ſe lleva podian recorrerſe todos los años del Arrendamiento.

En cuya confirmacion, ſe aumenta otro Eſtatuto tit. *De como ſe han de manifeſtar los trigos, y harinas en el peſſo de la Ciudad*, donde eſtà prevenida, la pena, no ſolo contra los que actualmente fueren hallados manifeſtando, ò peſſando, ò llevando los trigos a los molinos, ò trayendo las harinas de dichos molinos, ſino tambien *en caſo que no fueren hallados, pues ſe les pidiere, y acuſare, y probare dicha pena dentro de un año deſpues de aver incurrido en ella.* Exemplos todos que perſuaden la prevencion que ſiempre ha tenido la Ciudad en lo que pacta, y eſtatuye, para cõprehender el tiempo paſſado en lo penal, y quando no lo previno en la Capitulacion del Abaſto de la nieve, es grande argumento, que no lo quiſo aſſi, ut in terminis

nis Statuentium, tenet Alderanus Mascardus *de statutorum interpratatione conclus.4.num.*2.& 3. Y assi es neccessario, que aya ley, pacto, ò Estatuto con prevenciõ, que verificando se ha entrado la mercaderia contra tenor de lo pactado, se incurra en la pena señalada.

Y de lo contrario se siguiria, que los señores Iurados podrian apenar al Arrendador, no solo por la nieve que ha podido introducir en los meses de Deziẽbre, y Enero, sino en los años antecedentes, haziendo la misma averiguacion con otros Arrendadores, no teniendo tiempo determinado la pena, y seria repugnante a razon natural, leyes civiles, y a la inteligencia verdadera de los pactos de semejantes Capitulaciones, porque las penas se han de executar dentro el tiempo expressado, ò segun el tiempo que determina el pacto.

Y es tan cierto, que por la nieve introducida que no se ha ocupado, no puede declararse pena alguna, que lo persuade otro pacto de la misma Capitulacion: *Item es condicion, que durante el tiempo del present Arrendamiento, ninguna persona de qualquiere calidad que sea, vezino, ò estrangero de la presente Ciudad, no puedan entrar en ella nieve para darla, ni venderla, ni para su uso, y servicio de sus casas, &c. Pero si la diere, vendiere, ò prestare en pena de sesenta sueldos por cada vez, y perder la dicha nieve, aplicaderos al dicho Arrendador.*

De cuyo pacto resulta, que el Arrendador no tiene accion contra el que huviere introducido la nieve, no cogiendole con ella, porque las palabras *DIERE, O VENDIERE*, se han de verificar del tiempo presente, como la palabra *TRAXERE*, y hasta aora lo han platicado los Arrendadores en esta conformidad,

sin

ſin poner duda, y de lo contrario ſe ſiguiria notable diſonancia, y deſigualdad entre la Ciudad, y ſu Arrendador, y entre eſte, y los que introduxeren la nieve a perjuizio ſuyo, pues la Ciudad podria apenar al Arrendador por lo paſſado, y el Arrendador ſolo podria por lo preſente, y ſiendo iguales la Ciudad, y el Arrendador en el tiempo que determina la pena, no ha de ſer deſigual la razon para regularla, quia parium nõ debet eſſe ratio diſpar Bald. *in l. Mulier 7. C. de ſponſalib.* Afflict. *cap.* 1. *num.* 102. *de pace iuramento firmanda*, Menochio *lib.* 2. *de arbitrarijs caſu* 84.

Y ſi en Aragon reciben los Fueros interpretacion paſsiva de drecho, aunque ſea con el rigor de eſtar a la carta, como dixo Portoles *verb. Forus à num.* 9. Ramirez *de leg. Reg.* §. 20. *num.* 29. D. Suelves *conſ.* 100. *num.* 10. tambien las palabras de los pactos, por equipararſe a la ley *ad tex. in l. ult. C. de reb. alien. non aliena.* Con que averiguado que el verbo *traxere* no determina reſpecto del tiempo paſſado, ſe deſcubre el exceſſo en la declaracion.

En las penas contra los que introducen mercaderias ilicitas ſe ha diſputado ſi es neceſſaria aprehenſion real, ò ſi ſe puede proceder probando averlas introducido ſin ocuparlas, y con la diſtincion del doctiſſimo D. Valenzuela *en el conſ.* 52. *num.* 38. pueden conciliarſe las opiniones encontradas: dize, que ſi la ley, ò Eſtatuto pretende caſtigar el delicto, que ya por drecho natural, ò comun era punible, no ſe requiere aprehenſion real de las mercaderias, pero ſi el delicto no es punible de drecho, ſino que alguna nueva Conſtitució, ò Eſtatuto impone la pena, entonces ſe requiere actual aprehenſiõ: Y para el incurſo de la pena en el ca-

so de los *descaminados* de que hablò *la ley* 8 .*lib.* 9. *Recopilationis*, no bastan probanças de aver passado mercaderias, sino se ocuparon, y lo confirma con infinitas leyes, y DD. desde el *num.* 33. que por ser una copiosa Alegacion a favor de esta parte, se copian sus palabras, ibi: *Neque obstat l.* 8. *tit.* 2. *lib.* 9. *Recopilat. quæ videtur inuenere posse Consilium Patrimonij Regij cognoscere contra fraudantes regios redditus, in quo includuntur*, los descaminados, *qui transferunt merces aliàs extrahi permissas, & non solvunt iura exitionis, nam bene considerata, est in favorem mercatorùm, quia tractat*, de los descaminados, *qui proprie intelliguntur, qui eundo per viam solitam, vel in solitam apprehenduntur intra* 12 .*leucas confinium, & limitũ Regnorum, &c. Quod est multum iuri conforme, quod deprehensio in his, & similibus casibus requiritur*, l. *si fugitivi verb. Deprehendatur*, *C.de servis fugitivis*, ubi Glossa explicat in itinere, l *fin.C.de comercijs, & mercatoribus*, ibi: *FVERINT DEPREHENSI, nec sufficit alia diligentia, & probatio, quod dicti mercatores merces transmisserint non solutis iuribus, & decimis*, nam ut inquit Lucas de Peña *debet retineri ubi repertus fuit, qui merces ferebat*, & ibi. & in l.10. *concludit, requiri apprehensionem cum mercibus, ut perdat eas, aut puniatur, & ita communiter est intellectum per DD.* Y lo dixeron Gutierrez, Salcedo, y Burgos de Paz, *QVOD MERCES DEBENT APPREHENDI IN VIA, VEL LOCO CIRCA EAM SVSPECTO*; Y à esta opinion, dize, se suscribe Antonio Gomez sobre la *ley* 45. *de Toro num.* 48 .despues de aver conciliado la variedad entre algunos DD.

Y discurriendo en el *num.* 40. con los Autores del

Rey-

Reyno de Castilla sobre el estilo, y observancia, asienta por practica, y costumbre inviolable, que se requiere real aprehension, y lo persuade con varios exemplos, q̃ confirman la verdadera inteligencia de lo que se defiende, ibi: *Et Authores Regni in stylo, & observantia eius Periti fatentur practicam, & consuetudinem semper fuisse VT REQVIRATVR REALIS APPREHENSIO*, testatur Mexia *in pragmat. taxæ panis, concl. 1. ex num. 31. usque ad 36. fol. 16. & seqq. maximè nu. 35.* ibi: Et *sic accipiẽdæ sunt aliæ multæ Leges, & Pragmaticæ disponentes de ammissione Vestium, & Gemmarũ, ac deinceps*, ibi: Et *ita recepit praxis, & consuetudo, sic enim infinitæ aliæ intelligi debent leges, & pragmaticæ, quarum alteræ vetant extrahi ultra fines Regni aurum, & argentum, ac pecuniam numeratam, etiã æream; Alteræ arma, aut æquos, Quædam fruges, & omne genus quadrupedum, pecudum, atque armentorum, & mancipia; idque genus alia*, ut per totum titulum 9. *De las cosas vedadas lib. 6. ordinamenti, & in tit. 5. lib. 6. compilat.* singulariter Gomez de Leon *in sua decisionum centuria, responso 30. n. 3. &* 4. ibi: *Cum igitur hic de quo agimus, non fuerit in ipso actu deprehensus, meritò contra eum accusatio non est admittenda, & benè adiubat intentionem nostram usus, & consuetudo vulgaris huius Regni, in his, & similibus prohibitionibus, & intellectu, & praxi ipsarum,* NON *ENIM FIT EXECVTIO POENARVM, NISI CONTRA DEPREHENSOS IN IPSO ACTV, ut arma portãtibus, & similibus usu venire quotidie animadvertimus*, idq; est observandum *l. minimè, l. si de interpratatione, ff. de legib. Vbi textus*, inquit, *videndum est, quo iure Civitas retro in huiusmodi actibus usa fuit*, Isernia, & Covarruvias, *dicens illã consuetudinẽ fre*

quen-

quenter observari, quæ obtinet arma non amitti, nisi quis fuerit deprehensus armatus, etiam si constet illum arma portasse, &c. Et quod Statutum prohibens Vestes, aut alia sub aliqua pœna portari, non comprehendat eum, qui non fuit apprehensus, &c. Et in Statuto puniente fæminas inventas cum Perlis, quæ non comprehendantur, quæ tantum sunt visæ portare.

Y puede confirmarse con la razon juridica que advierte Bobadilla *in Polit. lib.* 4. *c.* 5. *n.* 20. alli: *Porque muchas cosas se prohiben en drecho, que hechas se sufren, y toleran*, ex l. *Patrefurioso, ff. de his qui sunt sui, vel alien. iur.* y es favorable a la pretension de esta Parte lo que escribe en dicho *núm.* 20. sin que se arguya contradiccion con lo que dexò advertido en el *num.* 12. porque ya explicò Valenzuela *d. cons.* 52. *num.* 33. como se debe entender su dotrina, y cō la distincion del *num.* 38. se responde a quanto puede oponerse en contrario.

Y porque no se estrañe, que aviendose introducido repetidas vezes, nieve sin ser de Moncayo, se pretenda no puede incurrir el Arrendador sino en una pena: Se responde, que militando una misma razon contra el que saca la mercaderia, no obstante la prohibicion, que contra el que la introduce, en caso no permitido, resuelve el punto Bobadilla muy favorable, *d. lib.* 4. *Polit. cap.* 5. *num.* 42. alli: *Si uno muchas vezes huviesse sacado cosas vedadas, y se le probasse, no debe de ser castigado mas de por una sola, como el que muchas vezes caçò, ò pescò, sino fue sentenciado, no pagarà mas de una pena:* y discurre con otros exemplos. Lo mismo siente Iuan de Hevia Bolaños *en su Curia Philippica part.* 2. *lib.* 3. *del comercio naval cap.* 10. *de la pena de commisso n.* 11.

De

De lo dicho ſe infiere, que la declaracion es exceſiva, opueſta a la Capitulacion, y al verdadero ſentido de las palabras del pacto, ſin que ſe halle expreſſado el punto, que ſe controvierte; Y ſiendo conſtante en drecho, que ſe neceſsita de real aprehenſion, Lo mas que podian los ſeñores Iurados aver declarado, era la pena de *diez libras*, y uſando de todo rigor, dilatar la arbitraria haſta quarenta, que es el quatrotanto; pero en todo parece ſe debe reformar la declaracion, pues la nieve ocupada en el dia 26. de Abril la mandaron arrojar al Rio, y eſta demoſtracion puede ceder en lugar de la pena, pues no ſe lee ſemejante facultad en la Capitulacion.

Y alude lo que advirtiò Narbona *in 3. part. Recop. lib.6. tit.10. de las guias, y lievas leg. 3. gloſ. 8. num. 1.* alli: *Lo ayan perdido todo ello con las beſtias, &c. Intellige ut animalia illa amittantur ſine ornamentis, quia amiſsio animalis à lege in pœnam inducta, ſine ornamentis intelligitur, ut iudicatum fuit teſte Caſtello in Politic. lib.1. cap.13. num.106. Niſi expreſsè lex id decidat, ibi, y aparejos*: Porque en materias penales no ſe han de dar mas paſſos, de los que permite el pacto, ò la ley, como dixo Baldo *in l.fin. C.de litig.* ibi: *In pœnis ubi lex figit pedem, non debemus Nos ultra procedere.* La Capitulacion previene tenga el Arrendador *diez libras* de pena por cada dia que traxere nieve no ſiendo de Moncayo, pero no dize tenga perdida la nieve, porque eſta es otra pena; y la miſma razon podia aver para vender mulas, y carro, que para reſolver ſe arrojàra la nieve por el Rio.

QVE LA DELIBERACION, Y CONSVLTAS *del año 1660. no se oponen a la pretension de Don Bruno.*

AVnque se intenta persuadir, que ay cosa juzgada contra mi parte, por la deliberacion, y Consultas del año de 60. es distante el caso que se disputa, del que entonces se tuvo presente. Para cuya averiguacion se supone, que en el memorial que representò Don Bruno al Capitulo, y Consejo, suplicò entre otras cosas, que fuesse servido declarar, si para incurrir en la pena, era bastante hallar la nieve en las tiendas, ò si era necessario ocuparla quando se vendia, y se deliberò la primera vez: *Que se llamen los Advogados de la Ciudad, y otros que pareciere a los señores Iurados, para que oydas las partes digan su parecer, y buelva a Capitulo, y Consejo.*

Propuesta de D.Bruno de Cōtamina.

Primera resolució de Capitulo, y Cōsejo.

Y no aviendose dudado en dicho memorial, ni ofrecidosele a Capitulo, y Consejo el caso de aver entrado y vendido, consultaron los señores Iurados, lo que era tan distante de la materia sugeta, como se vee por la lectura clara de la Consulta, que concluye: *Y de que calidad, y comprehension han de ser las penas arbitrarias, y si por cada puesto se han de llevar las diez libras, ò la nieve que se hallare se ha entrado, ò vendido que no es de Moncayo, y que orden se ha de guardar en declarar las dichas penas*; Y assi no se cumpliò con la deliberacion de Capitulo y Consejo, pues se consultò cosa distinta de la propuesta en el Memorial.

Consulta de los señores Iurados.

Y discurriendo sobre la Consulta los Advogados, respondieron en esta conformidad.

Y

Respuesta de D. Antonio Segura.

Y respecto de las penas arbitrarias por tener platicado, y estilado la Ciudad, assi en el Arrendamiento de la nieve, como en otros, el aver llevado por ellas las cantidades que le ha parecido, podrà por pena arbitraria hazer lo mismo, aunque la tal pena sea de qualquiera cantidad, y suma que los señores Iurados declaren segũ su parecer, y arbitrio, y regulandole, como juzgaren, y les pareciere conveniente; *advirtiendo, que en casso que el Arrendador aya entrado nieve que no sea de Moncayo, y la aya vendido le avràn de llevar mayor pena, que si se le cogiesse la tal pena sin vender*, y en todo caso la pena arbitraria se comensurarà segun las circunstancias de el caso, y la calidad del delicto, y remedio que por ella para lo que està por venir, y obrar se juzgare conveniente, y necessario segun el arbitrio, y parecer de los señores Iurados.

Respuesta de D. Orécio Luys Zamora.

Quanto a la pena arbitraria, parece que pues la Ciudad està en possession, como nos ha constado, de llevarla en dinero, regulandola a su arbitrio por las circunstancias de los casos, y culpa, parece que en caso que el Arrendador huviesse entrado nieve que no fuere de Mõcayo, ò queriendolo, no tuviere la calidad de limpia, y buena, y de buen servicio, y se le apenare por averla entrado antes de averla vendido, no podrà exceder la pena de *diez libras* por cada dia que la entrare, y mandalle que no la venda; *pero si la vendiere, ò huviere vendido, podrà en esse caso juzgarse la pena arbitraria* por los dias, ò cantidad de nieve que huviere vẽdido, condenandole por pena arbitraria en otra tãta cãtidad, como pudiere saberse, ò congeturarse que ha grangeado en vẽder nieve que no era de Moncayo, y que la ha podido traer con menos gasto, y podrà crecer esta pena al passo

que

que creciere el dolo, ò contumacia del Arrendador, à co nocimiento de los señores Iurados.

Respuesta del Dotor Guindeo, y Dotor Piedrafita.

En lo que toca al primer punto, nos conformamos con lo que doctamente han discurrido los señores Advogados Ordinarios; y en el segundo de la pena arbitraria, entendemos, que segun lo dispuesto en el pacto, y su observancia subseguida, la pena arbitraria procede sin distincion de cantidad, ni de si se ha vendido, ò no la nieve, si solo con entrarla contra la dispensacion de el pacto, *verdad es, que aviendose de regular segun las circunstancias de culpa, dolo, reiteracion, y daño publico (que assi lo reconocemos) serà menos la pena quando no se ha llegado a vender la nieve, pues en esse caso aun no ha padecido el daño, el bien publico*, y en los puntos del modo de proceder en la averiguacion de las penas, y si se ha de regular la pena por dias, ò puestos, nos conformamos con lo que dichos señores Advogados han discurrido.

Segunda deliberacion de Capitulo, y Consejo.

Despues de estas Consultas, el Capitulo y Consejo deliberò, que: *Se conforma con el parecer de los Abogados exceptando, que la pena se aya de arbitrar segun fuere la falta hasta quatro doblado, si tanto pareciere a los señores Iurados, y que si se hiziere tanto abusso, que obligare a mayor pena, se represente a Capitulo, y Consejo.*

De donde resulta, que quando pudiera hazerse merito de lo consultado, los Advogados respondieron lo contrario de lo que aora han resuelto los señores Iurados. Porque segun la respuesta, hazen distincion entre la pena ordinaria, y arbitraria, y convienen, que la ordinaria se ha de executar en caso que entrando nieve, y dividido la en las tiendas, no la huviesse vendido, y la arbitraria, quando huviesse entrado nieve, y vendido, aumentando el arbitrio: *Por los dias, ò canti-*

ti-

tidad de nieve que huviere venido, condenandole a pena arbitraria en otra tanta cantidad, como pudiere ſaberſe, ò congeturarſe que ha grangeado en vender nieve, que no era de Moncayo, y que la ha podido traer con menos gaſto, y podrà crecer eſta pena al paſſo que creciere el dolo, ò contumacia del Arrendador, a conocimiento de los ſeñores Iurados; palabras del ſeñor Dotor D. Orencio Luys Çamora del Conſejo de ſu Mageſtad, y Aſſeſſor Ordinario de la Ciudad, que me ayudarà a deſempeñar en la diverſidad de aquel caſo al que aora ſe diſputa, y con la claridad, y acierto que ſiempre diſcurre, podrà dar mas entera ſatisfacion.

Y atendido el tenor de todas las reſpueſtas, ſe ha de reparar, que ſin embargo de ſuponer en ellas, que el Arrendador ha entrado, y vendido nieve ſin ſer de Moncayo, por dias, y repitidas ocaſiones, no multiplican las penas por el numero de los dias, ſino que de eſta reiteracion aumentan la pena arbitraria conmenſurandola con el beneficio que reſultò al Arrendador por averla introducido de otra parte a menos coſta.

Luego lo que han podido declarar los ſeñores Iurados, motivando con dichas conſultas, es la pena de diez libras, y la arbitraria, ſegun la facultad que tienen de Capitulo y Conſejo: Pero imponer pena de diez libras, por cada dia que huviere entrado, y vendido, ſin averſela ocupado; ni ſe dize en las reſpueſtas, ni ſe propuſo en la Conſulta; Y no ſiendo ſegun el ſentir de Capitulo y Conſejo, no pudo caer ſu reſolucion ſobre lo que no ſe avia pidido, ni conſultado, ni reſpondido; Con que ſe deſvanece el motivo en que ſe funda tan nueva reſolucion.

Y ſiendo tan doctos los Abogados con quienes ſe conſultò el año de 1660. Si entendieran, que por cada dia, que ſe le averiguaſſe aver entrado, y vendido nieve, ſe debia imponer nueva pena, ordinaria, ò arbitraria, lo huvieran explicado, y no advirtieran, que al paſſo que ſe averiguaſſe la avia introducido muchos dias, crecia la pena arbitraria, antes bien huvieran reſpondido, que a cada dia correſpondiera pena determinada.

No conſultaron los ſeñores Iurados el memorial de D. Bruno, y faltando à la deliberacion de Capitulo y Conſejo, cònſultaron coſa diſtinta. Porque en ſu memorial preguntò Don Bruno; ſi para incurrir en la pena de los 200. ſueld. era neceſſario ocupar la nieve vendiendola, ò ſi baſtava tenerla en las tiendas ſin venderla: Si eſtà dudando con el tiempo preſente, como ſe puede pretender que conſulta para lo paſſado? quando la materia ſugeta de aquel caſo no permitia queſtion ſemejante. La Conſulta propueſta a los Abogados, fue ſobre ſi ſe incurria la pena arbitraria por la nieve que huvieſſe vendido, conſultan por lo paſſado, quando el memorial ſe ciñe al tiempo preſente; luego ſe diferencian los caſos como los tiempos. Y ſe puede afirmar, que haſta aora no ſe ha conſultado lo que reſolviò Capitulo y Conſejo, ni ſe hallan Conſultas, ni reſpueſtas para el intento contrario.

Los Abogados no pudieron reſponder a la duda de Capitulo y Conſejo, como ni los ſeñores Iurados alterar la materia de la Conſulta: conformarſe Capitulo y Conſejo, fue con el ſupueſto de que ſe conſultaba lo deliberado, y fundandoſe en aquel principio la reſolucion, ſe deſvanece todo, como ſi ſe edificara, faltãdo los fundamentos, ad text. *in l. egi tecum in princ. ff. de excep.*

rei

rei iud. Cap. *cum Paulus* 1.*q*.1. Aimon *conf*.6. *num*.3. Gonzalez *ad reg*.8.*cancellar.glos*.31.*nu*.31.

Y la deliberacion mas favorece lo que aora se disputa, porque no resolviò Capitulo y Consejo a cerca de las penas ordinarias, sino de las arbitrarias; y para estas se advierte, que siendo notable la falta del Arrendador, se passe a quatro doblado; Y si creciere el abuso, se reservò para si la facultad de imponer la pena: Porque la repeticion de las faltas no puede conocerse sino passando muchos dias: para castigar al Arrendador permitiò el Capitulo y Consejo, que los señores Iurados pudieran condenarle en el quadruplo, y se reservò imponerle mayor pena: Luego tiene cierta resolucion mi parte a su favor, en que muchos dias de aver entrado, y vendido nieue, se avian de castigar con una pena arbitraria, aumentando esta segun el abuso, no con multiplicadas penas.

De que se infiere, que excediendo las 40. libras, que es el quadruplo de la deliberacion, no han podido los señores Iurados condenar en mayores cantidades, y del excesso en la declaracion, se arguye contra lo acordado por Capitulo y Consejo, no teniendo facultad para dilatar las penas mas allà de lo Capitulado, y de la resolucion referida: Cuyas circunstancias fueron tan diversas, que no se puede proponer por exemplar a los ojos de V. S. I. y al intento dixo Don Iuan de Solorzano *en su Politica Indiana lib*. 3. *cap*. 20. *fol*. 386. *column*.2. *Lo qual obra, que no podamos hazer facilmente mucho fundamento en estos exemplares, porque se pueden dar pocos, que se conformen en todo*; Y pretender persuadir a V.S.I. los Abogados contrarios, que es decission en terminos contra mi parte, es querer limitarle

su

ſu conocimiento,eſtrechando la poteſtad que tiene para dar la verdadera inteligencia a las dudas,que ſe ofrecen en lo tocante a la Capitulacion.

Y es digno de advertencia, que la reſolucion abſolutamente ſe conforma con el parecer de los Abogados,y fueron diſcordes en varios puntos;con que es incierta la que abraçò Capitulo y Conſejo, y de la contradiccion no es facil perſuadir la concordia, ni verificarſe a un miſmo tiempo dos coſas contrarias,ut tenēt Caſtrenſis *in l.precibus num.*14. *C. de impuber. & alijs ſubſtit.* Baldus *in l.ſi mortua num.*1.*C.de bon.Auth.Iud. poſsid.* Rolandus *conſ.*43. *num.*54.*lib.*4. Luego bien ſe infiere, que no ay reſolucion cierta de lo que aora ſe pretende.

Y que la inteligencia, de no poder los ſeñores Iurados apenar por lo paſſado, ſea la verdadera, lo dize el Dotor D.Antonio Segura Aſſeſſor Ordinario de laCiudad, reſpondiendo a eſta miſma Conſulta del año de 60.que ſe ha eſtampado en el manifieſto moderno, con titulo de *verdadero del hecho,y drecho.* Y en el *fol.*13.*n.*15.ſe leen ſus palabras: *Y reſpeto del orden que ſe ha de guardar en declarar las dichas penas, ſe dize, que ha de ſer ſumario, y verbal, y ſatisfaciendoſe de las tales penas los ſeñores Iurados, y llamando al Arrendador, ò a ſus Miniſtros PARA QVE VEAN LA CALIDAD DE LA NIEVE, y digan lo que ſe les ofreciere,aſsi en reſpeto de ſi es buena,y de buen ſervicio, como ſi es de Moncayo.Y en reſpeto de la pena que ay quādo falta,y de que manera ſe ha de verificar, ya lo diſpone la Capitulacion,con que ſiguiendo dicho orden ſe cumplirà con lo pactado. Salvo meliori, Zaragoça,y Iunio à* 26.*de* 1660. *Antonio Joſeph Segura,y Mandiolaza.*

Cu-

Cuya respuesta manifiestamente favorece la pretension de mi parte, alli: *Para que vean la calidad de la nieve*, con que supone, no poderse declarar la pena sino ocupando la nieve, y en esto discurre conforme a drecho, porq̃ se ha de atender al cuerpo del delicto, ad tex. *in l.1.§.item illud, ff.ad Sylanianum*, Trivisanus *decis.* 13.*num.*12. D.Suelves *in centur. cons.*29. *num.*1. Idem *semic.*2.*cons.*22. *num.*28. Y no pudiendo verificarse el caso de la pena, sino faltando a lo Capitulado, es precissamente necessario, que conste de la materia, ò cuerpo en que se funda el aver faltado; y lo mismo se observa en las materias mas graves que se procede con todo rigor, y admite el Drecho penas irregulares para facilitar el castigo.

Ni puede aconsejar en el caso ocurrente a los señores Iurados, motivãdo con aquella Consulta, porque si resuelve *que vean la calidad de la nieve*, y aora declarasse lo contrario, seria el parecer tan diverso, como el sentido de la vista, y el del oìdo, pues como dixo Niceto Choniates *in Annalibus Alexij comneni lib.*1. *Aures nõ videre ipsam rem, sed alienarum linguarum, & sapè adversarum strepitum conservare: Visum vero, certum esse rerum arbitrum.* Y aunque puede el señor D.Segura mudar de parecer, pero no cõ esta Cõsulta, sino es para fomentar la pretension de D. Bruno, y assi lo confio, examinandola con atencion, que el nuevo dictamen no ha de atropellar la razon por el empeño, como advirtio Seneca *lib.*4.*de beneficijs cap.*28. *Non est levitas à cognito, & damnato errore discedere: non est turpe cum remutare consilium. Ingenuè fatendum est, aliud putavi, deceptus sum*, reficrelo D.Iuan Solorçano *in politica Indiana lib.*5.*cap.*8.*fol.mihi* 813.*col.*1.

SEñOR, ſin confundir las Conſultas del año de 60. no puede darſe color a la declaracion de los ſeñores Iurados, ni formar motivo para fomentarla: en lo capitulado no tienen letra que les aſiſta, la obſervancia ſubſeguida, los exemplares, y la razon eſtàn de parte de Don Bruno, y quãdo no mereciera todo el arbitrio por aver entrado en eſte arrendamiento con perdidas conſiderables, ſin las que le eſperan por la abundancia de nieve que han encerrado los vezinos, la circunſtancia de hallarſe tan calificado Ciudadano de V.S.I. heredando las obligaciones antiguas de ſu caſa en lo que tanto han ſervido a la Ciudad, avia de ſer de algun merito para librarlo de la opreſion que padece. La pena que podia ſer de 10. lib. ſe dilatò a 400. con arbitrio irregular; Y el arbitrio no entra faltando el fundamento de la declaracion en las penas: El mayor conſuelo ſerà, que paſſe eſta cauſa por el examen de V. S. I. ante quien pende por apelacion, recurſo tan importante, como pondera San Bernardo *lib. de conſideratione ad Eugenium*, de quien lo tomò Bobadilla *en ſu politica lib.* 2. *cap.* 21. *nu.* 219. cuyas ſon eſtas palabras: *Es grande, y general bien para el mundo, y tan neceſſario a los hombres, como el Sol, como quiera que la apelacion es el Sol de Iuſticia, que manifieſta, y redarguye las obras de tinieblas, y los Iuezes primeros no tienen todas vezes alas, ni ojos de aguilas, para que con ſu buelo, y viſta, puedan alcançar tanta luz.* Quien ſe emplea en obſequio de la Ciudad con todo deſvelo, lexos eſtà de no mirar por el beneficio comun: Con pretexto de la ſalud publica, ſe acrimina la pena, ponderacion juſta puede parecer al mas zeloſo, pero ſiendo notorio, que los dias de la entrada de la nieve no han paſſado 28. y caſi todos en Ibierno, tiempo en que

mas

mas ofende la nieve,que deleita; ni el vezino queda defraudado,ni la ſalud arrieſgada: Y fauoreciendole a D. Bruno lo capitulado, ſuplica a V. S. I. le abſuelva de todo, mirando por ſu credito, y acreditando la ſatiſfacion grande en lo que a eſta Imperial Ciudad ha ſervido con todo rendimiento, ofreciendole con el miſmo, hazienda, y vida. *Corpora magnanimo ſatis eſt poſtraſſe Leoni.*

El Doctor Iuan Franciſco de Agreda.